

**PROPUESTAS DEL PROYECTO DE
NUEVA CONSTITUCIÓN ELABORADO POR LA
COMISIÓN ESPECIAL DE JURISTAS DEL CONESUP
EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE
DERECHOS HUMANOS**

Análisis sobre el contenido de las propuestas que, en materia de derechos humanos, ha elaborado la Comisión de Juristas del Conesup. Entre los temas incorporados se abordan: la obligación de los jueces de realizar un control difuso de la constitucionalidad, la imperiosa necesidad de crear una justicia constitucional, a la vez que una Corte Constitucional con innovadoras competencias, y, finalmente, la eficacia que deben tener las sentencias dictadas por dicha Corte.

Dr. Iván Castro Patiño

Antes de referirme en forma específica a las innovadoras propuestas de protección de los derechos humanos que constan en el proyecto de Nueva Constitución elaborado por la Comisión Especial de Juristas del CONESUP, de la cual fui su Vicepresidente, repasaré brevemente las líneas directrices del proyecto en materia de formulación de derechos humanos y sistema de control constitucional.

I. SE RATIFICA LA CONSTANTE TENDENCIA OBSERVADA EN LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL ECUATORIANO, DE AVANZAR EN MATERIA DE FORMULACIÓN DE DERECHOS HUMANOS;

En efecto, podemos afirmar que uno de los hechos positivos más relevantes de nuestra historia constitucional consiste en el progresivo

afianzamiento de los derechos humanos en nuestros textos constitucionales¹.

Siguiendo esa línea de avance en la formulación de los derechos humanos, el proyecto de Nueva Constitución elaborado por la Comisión Especial de Juristas del CONESUP realiza, entre muchas otras, las siguientes innovaciones a la parte dogmática:

- a. Redacta de una manera más apropiada, el Preámbulo de la Constitución, señalando taxativamente en su segundo inciso que **“consagra como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la vida, la libertad, la igualdad, la justicia, la democracia, el trabajo, el progreso, la solidaridad, la equidad y la paz...”** (lo que está con negrilla son modificaciones del texto vigente, propuesto por la Comisión)

Como es sabido, la fuerza normativa de la Constitución abarca a la totalidad de sus normas, las mismas que deben ser observadas por los poderes públicos y los ciudadanos². Toda la Constitución vincula y obliga. Por ello, se tuvo especial cuidado en redactar estas normas declarativas de valores, establecidas en el preámbulo, las mismas que cumplen, entre otras, las siguientes funciones:

- Servir de guía para que el Constituyente elabore principios y reglas constitucionales y, una vez incorporados en la Constitución, servir de guía para que el legislador ordinario dicte normas respetando estos valores, principios y reglas;
- Servir de guía para la correcta interpretación de las normas constitucionales e infraconstitucionales;
- Invalidar las normas ordinarias que se le opongan;
- Llenar las lagunas del derecho, pues no debemos olvidar que la Constitución -“*ley fundamental y fundamentadora de todo el ordenamiento jurídico*”- es la fuente de la que se nutren las diversas

¹ Este criterio es sostenido, entre otros, por el Doctor Juan Larrea Holguín, en su Introducción a la edición de la Constitución Política del Ecuador, editada por la Corporación de Estudios y Publicaciones.

² En este sentido es muy clara la redacción del Art. 9.1 de la Constitución de España: “*Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*”.

PROPUESTAS DEL PROYECTO DE NUEVA CONSTITUCIÓN ELABORADA POR LA COMISIÓN ..

ramas del derecho y ha recuperado esa función de ser el "*derecho común*", que hasta hace poco le atribuíamos al derecho civil. En el constitucionalismo contemporáneo, las constituciones han rescatado para sí esa función de ser el derecho común, que asegura que el sistema jurídico sea completo y que, si existiere alguna laguna, ésta se la podría llenar de acuerdo a los valores y principios consagrados en ellas.

- b. Se han señalado los deberes que corresponden a un *estado social y democrático de derecho*, dotando de contenido a esta declaratoria, para procurar que tenga aplicación real y vida material en el convivir diario de los ciudadanos, estableciendo taxativamente la obligación de los órganos del poder público de superar los obstáculos que impidan o dificulten la realización plena de los derechos humanos, cuya vigencia constituye el primero y más alto deber del Estado. (*Art. 3 # 1 proyecto Nueva Constitución*)
- c. Se establece como uno de los deberes primordiales del Estado, asegurar la igualdad en la satisfacción de las necesidades básicas de sus habitantes, definiendo constitucionalmente que necesidades básicas son aquellas que, de no ser satisfechas, impiden vivir con libertad y realizar proyectos personales de vida. (*Art. 3 # 4 proyecto Nueva Constitución*)
- d. Se establece como obligación de todos los órganos del poder público ejecutar acciones concretas y permanentes para garantizar la real y efectiva vigencia de los derechos humanos consagrados en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes. (*Art. 16 proyecto Nueva Constitución*)
- e. Se establece que los derechos humanos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía; que las acciones para reclamarlos no caducan con el tiempo; y, que las acciones civiles por daños y perjuicios ocasionados por violación de los derechos humanos, son imprescriptibles y pueden sustanciarse independientemente de las acciones penales. (*Art. 23 proyecto Nueva Constitución*)

- f. Por primera vez se establecen normas relativas a la protección del ser humano contra los experimentos médicos y de ingeniería genética, que amenacen a sus derechos fundamentales. En la misma línea, se prohíbe la clonación reproductiva y toda intervención dentro del patrimonio genético de las células reproductoras y los embriones, salvo el caso de clonación terapéutica, permitida por la ley. *Art. 24 # 1 proyecto Nueva Constitución*
- g. Se establece el derecho a la igualdad real, para corregir las inequidades de la sociedad y asegurar a todos la satisfacción de las necesidades básicas. Para tal fin, se hace constar la obligación de las autoridades y órganos de poder público, de aplicar el principio de acción positiva, que permite dar un trato desigual a los desiguales. *(Art. 24 # 5 proyecto Nueva Constitución)*
- h. Se eleva a la categoría de norma con rango constitucional, las que constan en los tratados y convenios de derechos humanos vigentes en el Ecuador. *(Art. 17 # 3 proyecto Nueva Constitución)*
- i. Se establece, entre los derechos civiles, el que tienen las personas para acceder a la información que sobre sí misma o sobre sus bienes tengan entidades o personas públicas o privadas y a conocer el uso que se haga de ella. *(Art. 24 # 11 proyecto Nueva Constitución)*
- j. Se incorpora como norma constitucional la igualdad efectiva de los derechos de los extranjeros, a quienes se les da la oportunidad de elegir y ser elegidos para dignidades del régimen seccional autónomo, bajo la condición de tratamientos recíprocos en el país de origen del ciudadano extranjero a nuestros compatriotas radicados en el exterior. *(Art. 13 # 2 proyecto Nueva Constitución)*
- k. Se desarrolla de mejor manera el derecho a la seguridad jurídica, estableciendo que incluye, entre otros, los principios de publicidad, formalidad, razonabilidad, eficacia y aplicabilidad del ordenamiento jurídico. *(Art. 24 # 28 proyecto Nueva Constitución)*
- l. Se regula de mejor manera las reglas del debido proceso, comenzando por señalar que éstas se aplican “en todo caso y materia” sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instru-

PROPUESTAS DEL PROYECTO DE NUEVA CONSTITUCIÓN ELABORADA POR LA COMISIÓN ..

mentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia. (*Art. 25 proyecto Nueva Constitución*)

- m.* En cuanto a la caducidad de la prisión preventiva se mantiene que la misma no puede exceder de 6 meses, en las causas de delitos sancionados con prisión ni de un año, en delitos sancionados con reclusión, pero se agrega “*siempre que el retardo no sea imputable al encausado o a su defensor.*” (*Art. 25 # 8 proyecto Nueva Constitución*)
- n.* Se prohíbe que se prive de la libertad a una persona, por la sola comisión de contravenciones, debiendo aplicarse en tales casos las medidas o sanciones alternativas contempladas en la ley. (*Art. 25 # 4 proyecto Nueva Constitución*)
- o.* Se establece que en la contratación colectiva para trabajadores del sector público sujetos al código de trabajo, deberán observarse la reglamentación especial que dispongan las leyes y demás normas pertinentes (*Art. 31 # 13 proyecto Nueva Constitución*)
- p.* Se establecen acciones concretas a cargo del Estado para asegurar la efectiva vigencia del derecho a la vivienda tales como: construcción y mejoramiento de vivienda de interés social, alquiler en régimen especial, dotación de alberges; e, incentivos tributarios para la adquisición y construcción de viviendas. (*Art. 35 proyecto Nueva Constitución*)
- q.* Se mantiene el reconocimiento constitucional de las uniones de hecho formadas entre un hombre y una mujer, las que, bajo las condiciones señaladas en la ley, generan los mismos derechos y obligaciones que el matrimonio, y además se reconoce también la relación estable y monogámica formada por dos personas del mismo sexo, dejando a la ley que regule los derechos y obligaciones de quienes así están unidos. (*Art. 38 proyecto Nueva Constitución*)
- r.* Se adiciona un párrafo relativo al reconocimiento de derechos y un trato especial para los migrantes ecuatorianos, a quienes se les otorga representación en el Congreso Nacional, convirtiendo su actual lugar de residencia, en un territorio virtual del país. (*Arts. 93 al 95 proyecto Nueva Constitución*)

II. SE MANTIENE EL CONTROL MIXTO DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y AL MISMO TIEMPO SE ESTABLECEN DISPOSICIONES TENDENTES A VOLVER IMPERATIVO EL CONTROL DIFUSO Y A FORTALECER EL CONTROL CONCENTRADO DE LA CONSTITUCIONALIDAD.

Como todos conocemos, la doctrina es unánime en considerar que la jurisdicción constitucional es la máxima expresión del Estado de Derecho. El control del poder para que no sobrepase los límites constitucionales y respete los derechos ciudadanos, es un elemento inseparable del concepto de Constitución, si se quiere que ésta se “realice”, o dicho en otras palabras, si se quiere considerar a la Constitución como norma jurídica y no como simple programa político.

De la necesidad de hacer prevalecer los principios de supremacía³ y fuerza normativa⁴ de la Constitución, se derivan lo que la doctrina

³ Fue la Constitución de Estados Unidos de América de 1787 la primera en formular el principio de la supremacía de la Constitución, en su Art. 6 cláusula 2, que dispone: “Esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que en virtud de ella se hicieren, y todos los tratados hechos o que se hagan bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces en cada Estado estarán sujetos a ella, no obstante cualquier disposición en contrario contenida en la Constitución o en las Leyes de cualquier Estado”. En el Ecuador, fue la Constitución de 1897 la que en forma categórica por primera vez consagró en su texto el principio de supremacía constitucional, al establecer en su artículo 132, al que se le da la categoría de Título, el XI, lo siguiente: “La Constitución es Suprema Ley de la República, y cualesquier leyes secundarias, decretos, reglamentos, órdenes, disposiciones o tratados públicos que estuvieren en (Art. 73); 1835 (Art. 112); 1843 (Art. 111); 1845 (Art. 139) y 1851 (Art. 135) si bien consagraron el principio de la supremacía constitucional, carecieron de la claridad y precisión requeridas. Las Constituciones de 1852, 1861, 1869, 1878 y 1884 carecieron de normas sobre la supremacía constitucional. Las Constituciones posteriores a 1897, esto es, de 1906 (Art. 6) - 1929 (Art. 161)- 1945 (Art. 163)- 1946 (Art. 189) - 1967 (Art. 257) - 1978, V Codificación (Art. 272), consagran el principio.

⁴ La doctrina prevaleciente en la actualidad, parte de la base de que, sin desconocer su carga política, la Constitución es fundamentalmente norma jurídica, que reclama plena vigencia y determina la vida en sociedad. Al respecto, Francisco Fernández Segado opina: “El dogma liberal de la soberanía absoluta del Parlamento, como es sobradamente conocido, ha sido sustituido en nuestro tiempo por el de la soberanía de la Constitución. En afirmar esta concepción han sido particularmente reiterativos los tribunales constitucionales europeos, a través de la doctrina de la fuerza o eficacia normativa de la Constitución, que complementó el principio de la supremacía de la Constitución, que inicialmente sólo se aplicaba cuando una norma de inferior jerarquía violaba su contenido, ampliándola a los casos en que, de cualquier otro modo, se impedía o enervaba su eficacia.

denomina “Sistemas de Control de la Constitucionalidad”, siendo los más difundidos, el modelo norteamericano, difuso, incidental y con efectos interpartes, en contraposición con el modelo europeo, concentrado, abstracto y con efecto *erga omnes*. Cuando ambos sistemas se aplican simultáneamente, hablamos de un control mixto de la constitucionalidad, que es el que ha venido rigiendo en el Ecuador.

A. Control difuso de la constitucionalidad.-

En cuanto al control difuso de la constitucionalidad, el proyecto de la Comisión de Juristas del CONESUP realiza, especialmente, tres modificaciones:

- **En primer lugar**, la obligación que tienen los jueces o tribunales de declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas constitucionales o a los instrumentos internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido, es trasladada del capítulo relativo a la Supremacía de la Constitución, en el que actualmente se encuentra, al nuevo capítulo relativo a Principios y Normas Generales de la Función Jurisdiccional. Este cambio se fundamenta en que, lamentablemente, en nuestro país, algunos operadores judiciales han prescindido de su obligación de realizar un control difuso de la constitucionalidad, al no encontrar este mandato formando parte al articulado relativo a la función jurisdiccional;
- **En segundo lugar**, conscientes de que la norma actualmente vigente que establece el control difuso de la constitucionalidad, ha permitido que operadores de justicia ignorantes de los principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución, hayan considerado que, el declarar inaplicable un precepto jurídico contrario a la Constitución o a los instrumentos internacionales vigentes, es de aplicación facultativa, a voluntad de ellos, la Comisión cambió la expresión “**podrá declarar inaplicable**” por la imperativa “**deberá declarar inaplicable.**” (*Art. 190 # 2 proyecto Nueva Constitución*).
- **En tercer lugar**, en la declaratoria de inaplicabilidad de preceptos jurídicos contrarios a instrumentos internacionales vigentes, se

precisa que se trata de **instrumentos internacionales de protección de derechos humanos**, pues son estos instrumentos internacionales a los que se los ha elevado al rango de norma constitucional. (*Art. 190 # 2 proyecto Nueva Constitución*)

B. Control Concentrado de la constitucionalidad.-

En cuanto al control concentrado de la constitucionalidad, el proyecto de Nueva Constitución elaborado por la Comisión de Juristas del CONESUP, propone cambios sustanciales que tienden a la creación, por primera vez en el Ecuador, de una auténtica justicia constitucional especializada. Estos cambios se manifiestan en los siguientes aspectos:

1. **Se establece que la Función Jurisdiccional está conformada por:**
 - a) la justicia constitucional; y,
 - b) la justicia ordinaria.

Cada una de ellas es independiente en el ejercicio de sus potestades. (*Art. 175 proyecto Nueva Constitución*)

Al redactar esta disposición, la Comisión Especial de Juristas del CONESUP partió del criterio de que había que dotar de la más alta jerarquía a la justicia constitucional y particularmente a la Corte Constitucional y que, para que ello ocurra, lo más importante no era necesariamente la ubicación formal de los órganos de control constitucional sino el grado efectivo y suficiente de independencia, autonomía y atribuciones del cual se los dote. Por ello, ubicó a la justicia constitucional formando parte de la Función Jurisdiccional, pero con pleno desarrollo autónomo.

En el derecho constitucional comparado existen casos, como la Corte Constitucional de Colombia (Art. 239 y 241 de la Constitución de Colombia)⁵, el Tribunal Constitucional de Bolivia (Art. 116 de la

⁵ El Título VIII de la Constitución de Colombia se denomina "DE LA RAMA JUDICIAL" y en este título se desarrollan, entre otros, los capítulos referentes a: "La Jurisdicción Ordinaria" (capítulo II); "La Jurisdicción Contencioso Administrativa (capítulo III); y, "La Jurisdicción Constitucional" (capítulo IV).

Constitución)⁶ y, el Tribunal Constitucional Federal Alemán (Art. 92 de la Constitución)⁷, que aunque formalmente integran la función jurisdiccional, gozan de una amplia autonomía que los ubican dentro del concepto que la doctrina especializada denominada “Órganos Constitucionales Autónomos.”⁸

2. La justicia constitucional estará conformada por la Corte Constitucional, los tribunales distritales de lo constitucional y los jueces constitucionales.

Esto significa que se deberá crear toda una estructura, independiente de la justicia ordinaria, para administrar la justicia constitucional.

Las garantías de los derechos establecidos en la Constitución, que en el proyecto de la Comisión Especial de Juristas del CONESUP se denominan “procesos constitucionales”, se tramitarán, en primera instancia, ante los jueces de lo Constitucional, cuando se trate de las acciones de hábeas corpus, hábeas data, amparo, acceso a la información pública y cumplimiento.

El control de la constitucionalidad se efectuará directamente ante la Corte Constitucional, en única y definitiva instancia, cuando se interponga una acción de inconstitucionalidad de leyes, decretos, reglamentos, ordenanzas y otras normas o actos administrativos expedidos por el sector público; cuando se deduzca una acción de inconstitucionalidad por omisión o se interponga un recurso extraordinario de amparo.

⁶ El Título III de la Constitución de Bolivia se denomina “PODER JUDICIAL” y comienza con el Art. 116, que dice: “Art. 116 No. I *El poder Judicial se ejerce por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el Tribunal Constitucional, las Cortes Superiores de Distrito y demás tribunales y juzgados que las leyes establecen...*”

⁷ Ley Fundamental de Bonn, Capítulo IX “LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA” Art. 92: “El poder judicial estará confiado a los jueces, siendo ejercido por el Tribunal Constitucional Federal, así como por los tribunales federales previstos en la presente Ley Fundamental y por los tribunales de los länders”.

⁸ Néstor Pedro Sagües. “Los Tribunales Constitucionales como órganos extra poder: Roles y Desafíos,” ensayo publicado en el libro del Tribunal Constitucional del Ecuador titulado “Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional”.Página 312 Quito año 2007

Como se aprecia, nos hemos referido a la acción de cumplimiento, a la acción de inconstitucionalidad por omisión y al recurso extraordinario de amparo, que constituyen novedades en el ordenamiento constitucional ecuatoriano, instituciones que desarrollaremos más adelante.

Los Tribunales Distritales de lo Constitucional, conocerán en segunda y definitiva instancia los procesos constitucionales que se inician ante los jueces constitucionales.

3. **En cuanto a la Corte Constitucional, es necesario hacer las precisiones siguientes:**
 - a. **Se crea la Corte Constitucional** que reemplaza al Tribunal Constitucional y, a diferencia de éste, está integrada por Magistrados y no por Vocales. Sus pronunciamientos en los procesos de administración de justicia constitucional se manifiestan a través de sentencias y no de resoluciones. (*Art. 191 y 192 proyecto Nueva Constitución*)
 - b. **La Corte Constitucional estará integrada** por nueve magistrados, ninguno de ellos ostentará la calidad de representante de un sector gremial, sectorial o corporativo; designarán de entre su seno al Presidente, quien tendrá la representación de la Corte Constitucional, por un período de tres años. (*Art. 192 proyecto Nueva Constitución*)
 - c. Se establece en **nueve años el período de ejercicio de las funciones de los magistrados**; quienes deberán ser renovados por tercios, cada tres años. Al establecer estas normas, la Comisión de Juristas del CONESUP consideró necesario que el período de los magistrados no coincida con el ejercicio de las funciones legislativa ni presidencial y que sea lo suficientemente amplio como para darle estabilidad y continuidad al desarrollo de la jurisprudencia constitucional. La Comisión consideró también que, la renovación parcial y el mayor período de duración de las funciones, contribuyen a incrementar el grado de

independencia de los magistrados que integran la Corte Constitucional. *(Art. 192 proyecto Nueva Constitución)*

- d. **Se establece la no reelección de los Magistrados** de la Corte Constitucional pues, la Comisión Especial de Juristas del CONESUP consideró que, esta disposición, complementa a la que establece el período largo de nueve años y coadyuva a mejorar la independencia en el ejercicio de las funciones de los Magistrados de la Corte. Se consideró también que la no reelección es la tendencia predominante en la mayoría de los países con Cortes Constitucionales altamente prestigiadas en la colectividad. *(Art. 192 proyecto Nueva Constitución)*
- e. **Los magistrados de la Corte Constitucional serán designados** mediante un concurso público de merecimientos convocado por el Instituto Nacional Electoral y administrado por la Comisión Técnica Especial de Selección y Auditoría, con veeduría y participación ciudadanas. La referida Comisión publica la lista de postulantes y recepta impugnaciones, realiza audiencias públicas con los postulantes idóneos; califica sus merecimientos sobre la base de criterios objetivos; y, finalmente, emite un informe que tiene el carácter de vinculante y en esa condición es remitido al Presidente de la República para que expida los nombramientos de los magistrados.

La Comisión Técnica Especial de Selección y Auditoría está conformada por cinco miembros designados por un período de seis años: uno por la Función Legislativa, uno por la Corte Suprema de Justicia, uno por la Comisión Cívica Anticorrupción, uno por el CONESUP, todos ellos de fuera de su seno y uno por la Presidencia de la República. *(Art. 129 proyecto Nueva Constitución)*

Al establecer este nuevo mecanismo de designación, la Comisión Especial de Juristas del CONESUP fue consciente que, sin ser perfecto, da un paso adelante en la línea de asegurar un razonable grado de independencia de los magistrados respecto

de quien los nombra, entendiendo la independencia como libertad absoluta para juzgar dentro del marco del derecho.

- f. **Los requisitos para ser magistrados** de la Corte Constitucional son: ser ecuatoriano; hallarse en goce de los derechos políticos; tener título de abogado expedido por una de las universidades legalmente reconocidas en el país; haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogado; la judicatura o la docencia universitaria en ciencias jurídicas por un lapso mínimo de diez años; tener experiencia profesional o formación universitaria especializada en derecho constitucional; y, los demás requisitos de idoneidad que fije la ley. *(Art. 193 proyecto Nueva Constitución)*
- g. **Se eliminó el juicio político contra los magistrados** de la Corte Constitucional, complementando de ésta manera su forma de designación en la que ya no interviene directamente el Congreso Nacional, toda vez que se considera que una de las principales misiones de la Corte será justamente controlar que el contenido o el procedimiento en la formación de las leyes no violen los derechos humanos y, en general, la Constitución. El proyecto de la Comisión Especial de Juristas del CONESUP establece que la responsabilidad administrativa de todos los integrantes de la Justicia Constitucional será establecida por el Consejo Nacional de la Judicatura. Las resoluciones del pleno del Consejo Nacional de la Judicatura que impongan sanción serán definitivas en la vía administrativa, pero podrán impugnarse ante el tribunal competente de lo contencioso administrativo. *(Art. 210 # 2 proyecto Nueva Constitución)*

A su vez, el Consejo Nacional de la Judicatura será evaluado por la Corte Constitucional. *(Art. 187 # 2 proyecto Nueva Constitución)*

- h. **Se fortalecen las funciones de la Corte Constitucional.** En este punto, como en los anteriores, el proyecto de Nueva Constitución presenta notorias diferencias con las atribuciones que actualmente tiene el Tribunal Constitucional, pues la Comisión ha partido de la base de que para que el control constitucional sea efectivo, no basta con asegurar la independencia y autonomía

del órgano contralor si no se lo dota de suficientes y adecuadas atribuciones, así como de los mecanismos necesarios para que sus sentencias sean respetadas y efectivamente cumplidas.

4. **Las principales innovaciones en materia de competencias de la Corte Constitucional son:**

- a. **Se lo dota de la facultad de absolver consultas sobre interpretación constitucional**, formuladas por quienes tengan iniciativa legislativa. Los dictámenes que emitan serán vinculantes. *(Art. 194 # 5 proyecto Nueva Constitución)*
- b. Se lo dota de **competencia para conocer y resolver los casos de inconstitucionalidad por omisión**. Al establecer esta competencia, la Comisión aceptó, por unanimidad, redactar la norma de acuerdo a la propuesta que formulé en mi libro “Inconstitucionalidad por Omisión” y a la que me referiré más adelante. *(Art. 194 # 2 proyecto de Nueva Constitución)*
- c. Se lo dota de **facultad para conocer el recurso extraordinario de amparo** contra autos o sentencias finales o definitivas, exclusivamente en lo relativo a las violaciones de las garantías constitucionales del debido proceso. Se establece que, de proceder el recurso, se declarará la nulidad que corresponda y se devolverá el proceso a la función judicial para los efectos de ley. *(Art. 194 # 7 proyecto Nueva Constitución)*
- d. Se concede a la Corte Constitucional la **competencia para decidir sobre la inconstitucionalidad de cualquier reforma constitucional** realizada por el Congreso Nacional. *(Art. 194 # 2 proyecto Nueva Constitución)*
- e. Se concede a la Corte Constitucional la **competencia para conocer las sentencias en firme que denieguen o concedan las pretensiones deducidas en las acciones de hábeas corpus, hábeas data, amparo, acceso a la información pública y cumplimiento y**, de entre ellas, seleccionar y pronunciarse en aquellos casos que considere indispensables para desarrollar la

jurisprudencia constitucional, ⁹a fin de fortalecer el Estado social y democrático de derecho o determinar el contenido de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en instrumentos internacionales. (Art. 194 # 6 proyecto Nueva Constitución)

- f. Se concede también a la Corte Constitucional la **competencia para dictaminar en qué casos los tratados o convenios internacionales requieren la aprobación del Congreso Nacional** y, si fuere del caso, determinar antes de su aprobación sobre la constitucionalidad del instrumento o si para la aprobación del tratado o convenio internacional se requeriría de una reforma constitucional. (Art. 194 # 9 y 10 proyecto Nueva Constitución)
- g. Se otorga a la Corte Constitucional la **competencia para conocer y resolver la oposición del Presidente de la República o del Congreso Nacional a la petición de convocatoria a Asamblea Nacional Constituyente**. (Art. 343 # 3 proyecto Nueva Constitución)

En este punto debo precisar que el proyecto de Nueva Constitución establece la necesidad de convocar a una Asamblea Nacional Constituyente cuando se trate de reformas sustanciales a los derechos de las personas constitucionalmente reconocidos, a la forma del Estado, al sistema económico o a la forma de gobierno.

- 5. **Como ejes transversales que engloban la eficacia que deben tener las sentencias dictadas por la Corte Constitucional** en ejercicios de sus competencias, **así como la jurisprudencia** que se derive de las resoluciones del máximo órgano de justicia constitucional, el proyecto de Nueva Constitución de la Comisión Especial de Juristas del CONESUP, establece:
 - a. Que las sentencias que dicten constituirán precedentes jurisprudenciales obligatorios y vinculantes *erga omnes*, pero no modificarán lo resulto en los fallos seleccionados para el estudio.

⁹ Es necesario referir que según el proyecto de Nueva Constitución, los procesos constitucionales anteriormente señalados se inician ante el Juez de lo Constitucional y tienen apelación ante el Tribunal Distrital de lo Constitucional.

PROPUESTAS DEL PROYECTO DE NUEVA CONSTITUCIÓN ELABORADA POR LA COMISIÓN ..

Dispone además que cuando se modifique el precedente, deberá motivarse suficientemente el cambio de criterio. *(Art. 104 proyecto Nueva Constitución).*

Dispone también que los dictámenes sobre las consultas que la Corte Constitucional resuelva, tengan fuerza vinculante, con efecto general.

- b. En cuanto a la eficacia de las sentencias en firme que expidan, tanto la Corte Constitucional como los Jueces y Tribunales de carácter constitucional, el proyecto de nueva constitución dispone que, los funcionarios o empleados públicos deberán cumplir con la sentencia dictada en un proceso constitucional, en el plazo determinado en ella. Si no lo hicieren, serán destituidos por el mismo Juez en la etapa de ejecución de la sentencia, debiendo comunicar dicha resolución a la Contraloría General del Estado. *(Art. 103 #2 proyecto de Nueva Constitución).*
- c. Se establece también que para asegurar el cumplimiento de las sentencias dictadas en las acciones constitucionales, el Juez o la Corte Constitucional, deberán adoptar las medidas legales pertinentes. Si no lo hicieren, incurrirían en responsabilidad por inadecuada administración de justicia que viola la tutela judicial efectiva, por lo que el Estado tendrá el derecho de repetir contra él por la reparación a la que se vea obligado a efectuar al ciudadano afectado. *(Art. 103 # 4 y 5 proyecto Nueva Constitución)*
- d. Finalmente, en protección de los derechos del ciudadano y para asegurar una correcta administración de justicia constitucional, el proyecto establece que el Juez o Magistrado que no tramite las acciones constitucionales en los plazos establecidos para el efecto, será civil, penal y administrativamente responsable, de conformidad con la ley. *(Art. 103 # 1 proyecto Nueva Constitución)*

III. ACCIONES Y RECURSOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.

En relación a este tema, el proyecto de Nueva Constitución elaborado por la Comisión Especial de Juristas del CONESUP realiza, entre otras, las siguientes innovaciones:

1. Señala los principios básicos que regulan los procesos constitucionales;
2. Mejora la formulación de las garantías de hábeas corpus, hábeas data y amparo;
3. Constitucionaliza la acción de acceso a la información pública;
4. Crea la acción de inconstitucionalidad por omisión;
5. Crea la acción de cumplimiento.

Veamos sucintamente cada uno de estos aspectos:

1. Principios básicos que regulan los procesos constitucionales.

El Proyecto de Nueva Constitución dedica una sección a establecer las normas generales que regulan los procesos constitucionales, comenzando por señalar que su fin es garantizar la vigencia de los principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución, así como la eficacia de los derechos consagrados en ella. (*Art. 101 #1 proyecto Nueva Constitución*)

Se consagra el principio jurídico *iura novit curia* por medio del cual el Juez o Corte Constitucional debe aplicar las normas jurídicas pertinentes, aunque no hayan sido invocadas por las partes. (*Art. 101 # 2 proyecto Nueva Constitución*).

Igualmente se faculta al Juez o Corte Constitucional para ordenar las diligencias probatorias que estime necesarias para la resolución de la causa. (*Art. 102 # 3 proyecto Nueva Constitución*)

Se establece como regla general que, no serán aplicables las normas procesales que restrinjan la protección, ejercicio o reparación del derecho ni las que tiendan a retardar su ágil despacho. Con igual propósito se establece que, salvo los casos de excusa y recusación, no habrá inhibición del juez, del tribunal distrital, ni de los magistrados de la corte constitucional. Se señala también que todos los días serán hábiles. (*Art. 102 # 2 y # 5 proyecto Nueva Constitución*)

Una innovación trascendente en orden a proteger al ciudadano común, a quien muchas veces se le torna imposible probar la violación de los derechos humanos por parte de la autoridades públicas, consiste en la incorporación de una disposición que establece que cuando de manera fundamentada se presume la existencia de una violación de derechos humanos por parte de la autoridad pública, la carga de la prueba corresponderá a ésta. (*Art. 102 # 4 proyecto Nueva Constitución*)

Otra propuesta innovadora y significativa para el proyecto de Nueva Constitución consiste en la disposición que establece que la persona natural o jurídica, pública o privada, que en la sentencia aparezca como responsable de la violación de derechos humanos estará obligada a reparar integralmente los daños y perjuicios causados; todo lo cual, sin perjuicio de que se remita el expediente al Ministerio Fiscal, en caso de haber indicios de la comisión de infracciones penales (*art. 105 proyecto Nueva Constitución*)

2. Reformas tendentes a mejorar las garantías del hábeas corpus, hábeas data y amparo.

A. Con respecto al Hábeas Corpus:

Por primera vez en toda la tradición constitucional que tiene el hábeas corpus en el Ecuador, desde su expresa formulación en la decimatercera Constitución del año 1929, se establece que su trámite y resolución corresponde a los Jueces de lo Constitucional, competencia que desde la Constitución de 1945 correspondía privativamente a los Presidentes de Concejos Municipales, ahora denominados Alcaldes. (*Art. 106 # 1 proyecto Nueva Constitución*)

Se modifica la razón por la cual se puede proponer un hábeas corpus. En efecto, la Constitución actual señala que pueden plantear este recurso las personas que crean estar **ilegalmente** privadas de su libertad; el proyecto de Nueva Constitución no utiliza el concepto de ilegalidad e introduce el concepto de **ilegitimidad** que, como todos conocemos, es más amplio que el primero y, en consecuencia, garantiza de una manera más completa las posibilidades de que un ciudadano recupere la libertad

cuando este derecho haya sido conculcado por el poder público. (*Art. 106 # 1 proyecto Nueva Constitución*)

Para garantizar de mejor manera el derecho a la libertad se establece obligaciones proactivas de los Jueces Constitucionales que, con la periodicidad que determine la ley, deberán concurrir a los lugares de detención para verificar la legitimidad de la privación de la libertad de los detenidos, debiendo ordenar la inmediata libertad cuando se verifique una detención ilegítima, de lo que se dejará constancia en el acta correspondiente. (*Art. 107 proyecto Nueva Constitución*)

El proyecto innova también al establecer que, cuando se haya propuesto un hábeas corpus y se desconozca el lugar en donde se encuentra la persona en cuyo favor se propuso la acción y existan fundamentadas sospechas de que ha sido privada de su libertad por algún funcionario público o miembro de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, el juez constitucional ordenará la inmediata investigación para ubicarla, señalando al funcionario responsable y el plazo de dicha investigación. (*Art. 108 proyecto Nueva Constitución*)

Cuando la privación ilegítima de la libertad se deba a particulares, el juez constitucional deberá hacer efectiva la libertad de la persona y remitirá el expediente al Ministerio Fiscal para que investigue y sancione al responsable. (*Art. 110 proyecto Nueva Constitución*).

Finalmente, y como un necesario complemento al respeto de la dignidad humana, si en el trámite del hábeas corpus el juez verifica la existencia de tratos crueles, inhumanos o degradantes, deberá informar inmediatamente al Ministerio Fiscal y disponer la atención de la víctima. (*Art. 109 proyecto Nueva Constitución*)

B. Con respecto al Hábeas Data:

La Constitución actual tiene un error de técnica jurídica pues, en su artículo 94, establece la garantía constitucional del hábeas data sin que previamente, en el capítulo relativo a la determinación de los derechos humanos, se haya establecido el derecho protegido por el hábeas data. Por tal razón, la primera innovación del proyecto de Nueva Constitución es consagrar entre los derechos civiles de todas las personas, el de

acceder a la información que sobre sí misma o sobre sus bienes tengan entidades o personas públicas y privadas y, a conocer el uso que se haga de ellas. *(Art. 24 # 1 proyecto Nueva Constitución).*

Este derecho junto con el derecho a la honra, a la buena reputación y a la intimidad personal y familiar, son los derechos protegidos por el hábeas data. *(Art. 111 # 1 proyecto Nueva Constitución).*

Otra innovación consiste en que para la procedencia del hábeas data se requerirá que el demandante previamente haya reclamado, por documento de fecha cierta, el respeto de su derecho a acceder a la información que sobre sí misma o sobre sus bienes reposan en archivos públicos y privados y a conocer el uso que se pretenda hacer de ella y que el demandado se haya ratificado en su incumplimiento o no haya contestado, dentro de los 10 días hábiles a la presentación de la solicitud. Excepcionalmente se podrá prescindir de este requisito, cuando su exigencia genere inminente peligro de sufrir un daño irreparable, situación que deberá ser acreditada por el demandante. *(Art. 112 proyecto Nueva Constitución).*

C. Con respecto a la Acción de Amparo:

Con respecto a la acción de amparo, el proyecto de Nueva Constitución establece principalmente tres fundamentales modificaciones:

- ◆ En primer lugar, en la actualidad, el amparo contra particulares sólo procede cuando sus actos u omisiones afecten grave y directamente un interés comunitario o un derecho colectivo o difuso. En el proyecto se establece que también procede contra particulares, cuando sus actos u omisiones sean discriminatorios y violen injustificadamente el derecho a la igualdad. *(Art. 113 # 4 proyecto Nueva Constitución).*
- ◆ En segundo lugar, en cuanto al Juez competente se establece con claridad que es el Juez Constitucional del domicilio del accionante. *(Art. 113 # 1 proyecto Nueva Constitución).*

- ◆ En tercer lugar, la innovación más significativa, es el amparo contra sentencias en firme dictadas por cualquier juez, corte o tribunal de la justicia ordinaria y respecto de las cuales no quepa ningún recurso judicial. En este caso, procede el **recurso extraordinario de amparo** siempre que se cumplan dos condiciones:
 - 1) Que en el trámite de la causa exista violación de las garantías constitucionales del debido proceso; y,
 - 2) Que el agraviado no haya dejado consentir la violación de las garantías del debido proceso, que sostiene lo afectan.

En el caso señalado **la acción de amparo se transforma en recurso extraordinario de amparo** y el juez competente deja de ser el juez de los constitucional y pasa a ser la Corte Constitucional, que conoce y resuelve en única y definitiva instancia y, en caso de proceder el recurso, declara la nulidad que corresponda y devuelve el expediente a la función judicial. (*Arts. 114 y 194 # 7 proyecto Nueva Constitución*).

3. Se constitucionaliza la acción de Acceso a la Información Pública.

Este proceso de la justicia constitucional garantiza el derecho a acceder a fuentes de información y a conocer las informaciones que reposan en los archivos públicos, excepto la de los documentos sobre los cuales la reserva sea exigida por razones de defensa nacional o por otras causas expresamente establecidas en la ley. En relación al mismo, más allá del acortamiento de los plazos, la novedad consiste en que se lo eleva a la categoría de acción constitucional. En efecto, desde la expedición de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, promulgada en el Suplemento del Registro Oficial No. 337, del 18 de mayo del año 2004, esta garantía formaba parte de los procesos constitucionales, sin encontrarse regulada a nivel constitucional, sino exclusivamente legal. (*Art. 115 proyecto Nueva Constitución*)

4. Sobre la creación de la Acción de Inconstitucionalidad por Omisión.

En el constitucionalismo contemporáneo, por razones de técnica jurídica y por razones fácticas, el texto de las constituciones no siempre agota las materias que regula. Es frecuente, en consecuencia, que para la

plena eficacia de la norma constitucional, se requiera de una actuación complementaria de los poderes constituidos. Lo señalado, se torna más evidente en razón del nuevo perfil transformador de la sociedad que nos ofrecen las constituciones contemporáneas, imbuidas en las ideas del constitucionalismo social.

La clara tendencia finalista del constitucionalismo social, acentúa la fuerza vincular del programa constitucional y en ello se ha de ver el germen de las construcciones teóricas de la inconstitucionalidad por omisión, pues la obra del poder constituyente queda, en algunos aspectos, inconclusa, razón por la cual la propia constitución establece encargos y obligaciones imperativas y concretas, dirigidas generalmente al legislador ordinario, para que complete la voluntad del constituyente.

Sin embargo de lo expuesto, estos mandatos imperativos establecidos en la Constitución, bien sean de carácter legislativo o de otra especie, en ocasiones no se cumplen, por omisión, desidia, inercia, quiescencia o inacción de los poderes constituidos, violándose así la supremacía y la fuerza normativa de la Constitución y produciéndose un verdadero fraude constitucional. Estamos entonces frente al caso de la inconstitucionalidad por omisión, que tiene como protagonistas a los poderes constituidos que se abstienen de dar cumplimiento a los mandatos establecidos en la Constitución, no obstante que estos mandatos están configurados en normas concretas e imperativas del texto constitucional.

De la misma manera que es indudable que el principio de la supremacía constitucional repudia la posibilidad de que se expida una ley que la contradiga, es igualmente categórico que el principio de la fuerza normativa de la Constitución, repudia la idea de que ésta sea violentada por una omisión legislativa o administrativa. Es inconcebible, que un poder constituido pueda por desidia, por inercia o por deliberada omisión, dejar sin efecto lo preceptuado por el poder constituyente.

La supremacía y la fuerza normativa de la Constitución se vulneran, no sólo cuando se dicta una ley que se opone a sus normas, sino también, cuando se deja de hacer aquello que la Constitución imperativamente dispone porque, al igual que contra la ley divina, contra la Constitución también se peca por acción o por omisión.

Cuando las constituciones no tienen aplicación en la práctica, cuando carecen de fuerza normativa, estamos frente al tipo de constitución que el maestro Ferdinand Lasalle calificó como simples hojas de papel. Es el caso de las constituciones “nominales”, distanciadas de la realidad, desvalorizadas por la inobservancia de sus preceptos que, conforme lo manifiesta Karl Loewenstein, para el hombre de la calle significan muy poco, razón por la cual, una fracción microscópica de la población está interesada en leerlas.

Algunos ejemplos de la realidad ecuatoriana, podrían ilustrar la incidencia de la inconstitucionalidad por omisión:

- 1) Nuestra constitución vigente desde 1998 dispone que, el sistema procesal oral en todas las materias se implementará en el plazo de cuatro años, para lo cual, el Congreso Nacional reformará las leyes y la función judicial adecuará sus dependencias para adaptarlas al nuevo sistema. Ese plazo venció el 9 de agosto del 2002 y aún no se han dictado las leyes que hagan viable el sistema oral en todas las materias, como lo ordena nuestra Constitución.
- 2) La Constitución establece la unidad jurisdiccional y dispone que los magistrados y jueces que dependan de la función ejecutiva, pasen a la función judicial. Han transcurrido más de nueve años y el mandato constitucional que dispone la unidad jurisdiccional, aún no se cumple.
- 3) La Constitución ordena que en el plazo de un año se expida la ley que establezca la autonomía del Registro Oficial. Han transcurrido más de nueve años de la vigencia de esta disposición y la ley aún no se dicta, por lo que el Registro Oficial, continúa dependiendo del Tribunal Constitucional.
- 4) La Constitución establece que, si en los plazos determinados, el Congreso Nacional no expidiera las leyes que ella prevé, el Presidente de la República deberá enviar al Congreso los correspondientes proyectos de ley, los mismos que seguirán el trámite de aquellos calificados como de urgencia económica. Esta orden constitucional, no ha sido cumplida por ninguno de los cuatro Presidentes de la República que han debido acatarla.

A más de la inconstitucionalidad por omisión legisferante, existe otro tipo de omisiones que igualmente surgen de la inercia de los órganos o funcionarios públicos frente al cumplimiento de un mandato constitucional que los obliga a realizar una acción concreta.

Así, por ejemplo, la Constitución ecuatoriana vigente establece que el Congreso Nacional debe elegir, por mayoría de las dos terceras partes de sus integrantes, la terna para nombrar Contralor General del Estado. En algún momento reciente de nuestra historia republicana transcurrieron más de 1.400 días sin que se haya designado Contralor General del Estado, pues el Congreso Nacional no remitió la terna para la decisión final del Presidente de la República.

Frente a estos casos concretos que no son sino ejemplificativos de una realidad de omisiones inconstitucionales muy frecuentes y extendidas, conviene que nos preguntemos: ¿es inocua la inconstitucionalidad por omisión? La respuesta es definitivamente negativa, porque la inacción u omisión de la autoridad pública, frente al cumplimiento de un mandato constitucional, es una manera de hacer política que indudablemente trae aparejadas consecuencias sociales y jurídicas, ya que permite la supervivencia del *statu quo* e impide el cambio que la norma constitucional persigue.

Lamentablemente para el constitucionalismo universal, la regulación de la inconstitucionalidad por omisión constituye una especie de asignatura pendiente en el derecho constitucional comparado, pues los únicos países cuyos ordenamientos jurídicos constitucionales la han regulado son, la ex República de Yugoslavia, Portugal y Hungría en Europa. Brasil, en su Constitución Federal y en las constituciones de los estados de Río Grande do Sul, Sao Paulo, Santa Catarina y Río de Janeiro; Argentina en la Constitución de la provincia de Río Negro; Venezuela, México en la Constitución del Estado de Veracruz, en América. Y, finalmente, Angola en África. Costa Rica no regula el instituto en su Constitución pero sí a través de la Ley 7135 de la Jurisdicción Constitucional.

La falta de regulación y de control de esta patología del orden jurídico constitucional, como es la inconstitucionalidad por omisión, constituyen una grave falencia del constitucionalismo ecuatoriano y, sin

duda, del constitucionalismo universal y debe de ser superada, regulando la inconstitucionalidad por omisión, a fin de conseguir que la voluntad del constituyente se realice plenamente y se viva en la práctica, las doctrinas de la supremacía y de la fuerza normativa de la Constitución. De esta forma, contribuiremos al progreso de nuestra democracia, porque –como bien lo sostiene el maestro Luigi Ferrajoli– el progreso de la democracia se mide por la justiciabilidad y eficacia de los derechos.

La Comisión Especial de Juristas del CONESUP unánimemente consideró que buscar la plena operatividad de las normas constitucionales impidiendo que la inacción de los poderes públicos, frustre su fuerza normativa, forma parte consustancial de la defensa de la Constitución.

La Comisión se alineó entre aquellos que conceptúan a la inconstitucionalidad por omisión desde un punto de vista amplio, considerando que ésta puede producirse, no sólo por la inercia o inacción del poder del legislativo, sino también por la inactividad u omisión de todos los poderes y funcionarios públicos en general. Es decir, vinculamos a la inconstitucionalidad por omisión con el genérico incumplimiento de una obligación impuesta por la norma constitucional, sea cual fuere la función pública trasgresora.

En razón de las consideraciones expuestas, propuse en el seno de la Comisión Jurídica del CONESUP que se adicione una competencia a la Corte Constitucional para que conozca y resuelva los casos de inconstitucionalidad por omisión, la misma que, aprobada por unanimidad, quedó redactada de la manera siguiente:

“Art. 194. Compete a la Corte Constitucional...

2. Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las funciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos concretos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución, o, a falta de éste, el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional.

2.1 Declarada la inconstitucionalidad por omisión notificará al órgano o autoridad remisos, fijando un plazo perentorio para que se la subsane.

2.2 Si persiste la omisión la Corte Constitucional, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, los que regirán hasta cuando el órgano o autoridad pública competente cumplan con la obligación que establece la Constitución”

5. Sobre la creación de la Acción de Cumplimiento:

De la misma manera que repele al recto criterio jurídico considerar que puede dejarse al arbitrio de los órganos del poder público y de las autoridades y funcionarios, la posibilidad de que, a su voluntad, puedan tornar ineficaz una norma constitucional, también repudia a la conciencia jurídica que una norma legal o administrativa pierda eficacia por el sólo hecho de que la autoridad pública no ejecute lo que dispone la ley o, lo que da igual, que actúe de una forma distinta a lo preceptuado legalmente.

Si el razonamiento anteriormente expuesto es válido tratándose de la aplicación del orden jurídico en un estado clásico o liberal de derecho, adquiere mayor relevancia dentro de la concepción de un estado social de derecho, que es el tipo de estado que ha establecido nuestra Constitución desde el año 1998, en donde la exigencia de la vigencia y eficacia de los preceptos constitucionales, legales y administrativos, se torna indispensable para la concreción material de los principios medulares de los estados sociales de derecho, que tienden a asegurar un orden jurídico, social y económico justo.

En un Estado Social de Derecho, la labor de los órganos del poder público no se agota con la simple formulación de normas o expedición de actos administrativos, sino que es obligación del Estado lograr la efectiva vigencia del derecho en la sociedad.

La teoría de la norma jurídica plantea un triple orden de valoración con respecto a ella:

- 1.- si es justa o injusta;
- 2.- si es válida o inválida;
- 3.- si es eficaz o ineficaz.

Estos tres criterios valorativos son absolutamente independientes entre si, ya que la norma jurídica puede conjugar todas las combinaciones posibles. En efecto, ni la justicia depende de la validez o de la eficacia;

ni la validez depende de la eficacia o la justicia; ni la eficacia depende de la justicia o de la validez.

El problema de la justicia es un tema tratado por la Deontología Jurídica, parte de la Filosofía del Derecho que se ocupa de la Teoría de la Justicia. El tema de la validez es tratado por la Ontología Jurídica y forma parte de los estudios de la Teoría General del Derecho. Y, el problema de la eficacia, es un tema fenomenológico del derecho y de él se ocupa la Sociología Jurídica.

En el caso de la acción de cumplimiento, igual que para el caso de la inconstitucionalidad por omisión, la mayor importancia radica en la distinción entre validez y eficacia de una norma jurídica o acto administrativo.

En cuanto al tema de la **validez**, diremos que entendemos por validez jurídica, a la existencia de una norma como norma jurídica, independientemente del juicio de valor que se haga sobre ella e independientemente de su eficacia o aplicación práctica.

La Corte Constitucional colombiana establece una distinción entre lo que denomina *validez sustantiva* o *validez en estricto sentido* y, por otro lado, lo que denomina *validez formal* o *vigencia*.

En efecto, la sentencia de la Corte Constitucional colombiana C- 443 del 18 de septiembre de 1997, cuyo ponente fue el doctor Alejandro Martínez Caballero, establece en estos términos la distinción anteriormente señalada:

*“De un lado, se propone denominar **validez sustantiva** o **validez en estricto sentido**, al hecho de que una norma de inferior jerarquía no contradiga las disposiciones superiores y en especial, que armonice con los valores materiales defendidos por el ordenamiento constitucional. De otro, se propone llamar **validez formal** o **vigencia** al hecho de que la norma formalmente haga parte del sistema, por haber cumplido los requisitos mínimos para entrar al ordenamiento...” (Las negrillas son nuestras)*

El tema de la **eficacia** de una norma es aquel que se ocupa de conocer si la norma es o no es cumplida por las personas a quienes se dirige, esto es, por sus destinatarios, bien sea que este cumplimiento se

realice en forma voluntaria o que se lo haga valer por medios coercitivos que la autoridad le impone.

La Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia referida en el párrafo anterior, señala respecto a la eficacia:

*“...Y, finalmente, se designa eficacia jurídica o aplicabilidad, a la posibilidad que la disposición produzca efectos jurídicos, o al menos sea susceptible de hacerlo. Sin embargo... este último concepto no debe ser confundido con el de **eficacia sociológica**, que se refiere al hecho de que las normas alcancen sus objetivos y sean efectivamente cumplidas y aplicadas o al menos, en caso de ser violadas, se imponga una sanción a su infractor.”*

Finalmente, la ya referida sentencia de la Corte Constitucional colombiana, relaciona los conceptos de validez, vigencia y eficacia, en los términos siguientes:

“Como es obvio, la validez, la vigencia y la eficacia, así definidas, son fenómenos interrelacionados, pues en general, para que una disposición produzca efectos, es decir, para que sea aplicable y jurídicamente eficaz, es necesario que haya sido incorporada al sistema, esto es, que se encuentre vigente y que, además, no contradiga las normas superiores, es decir, que sea válida. Este hecho explica el que, en el lenguaje jurídico, a veces se utilicen indistintamente esas categorías sin que se produzcan confusiones.”

La acción de cumplimiento se encamina a conseguir que se de una efectiva correspondencia entre la validez y eficacia de una norma jurídica, o si se quiere, entre la validez, la vigencia y la eficacia de una norma jurídica.

Sólo a manera de ejemplos, refiramos algunos casos de flagrante inaplicación de lo dispuesto en leyes vigentes, extraídos de la realidad ecuatoriana:

- El Código de la Niñez y Adolescencia, en sus artículos 192, 201 y 203, en cumplimiento de lo que dispone el Art. 52 de la Constitución Política del Ecuador, establece la obligación de los organismos seccionales de crear los consejos cantonales de la niñez, como órganos encargados de la protección integral de la niñez y la adolescencia y de asegurar el ejercicio y garantías de sus derechos. No obstante que existe la disposición legal, un buen número de

municipalidades no han dado cumplimiento con lo que dispone esta ley vigente, tornándola ineficaz.

- El Código del Trabajo en su Artículo 451 establece la obligación de las autoridades de trabajo de auspiciar y fomentar la organización de asociaciones de trabajadores, especialmente de los sindicales. Esta disposición va encaminada, no sólo, a promover la sindicalización de los trabajadores sino que su objetivo indirecto es promover la contratación colectiva, que se torna imposible sin la existencia de una agrupación sindical. Al fomentar la contratación colectiva, también se promueve la equidad en las relaciones laborales. Sin embargo, por regla general, las autoridades del trabajo incumplen el Art. 451 del código Laboral, frustrando así los efectos de cambio positivo que esta disposición persigue.

La acción de cumplimiento tiene sus antecedentes en el derecho inglés con el *Writ of mandamus*, posteriormente recogido en el derecho lusitano con el nombre de *mandado de injunção* y en el derecho argentino como *mandamiento de ejecución*.

Los antecedentes más próximos a la realidad ecuatoriana los tenemos en los artículos 87 y 200 de las Constituciones de las hermanas repúblicas de Colombia y de Perú, expedidas en los años de 1991 y 1993, respectivamente.¹⁰

La Comisión Especial de Juristas del CONESUP, a solicitud mía, estudió esta novedosa institución y acogió mi propuesta de establecer un artículo que dote a los ciudadanos ecuatorianos del poder para exigir a las autoridades públicas el pleno cumplimiento de lo que disponen las leyes normas y actos administrativos. De esta manera se garantiza el derecho constitucional a la seguridad jurídica que según la formulación elaborada por la Comisión de Juristas del CONESUP incluye entre otros,

¹⁰ Constitución de Colombia, Art. 87 "Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido."
Constitución de Perú, Art. 200 "Son garantías constitucionales: ...6.La acción de cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley."

los principios de seguridad, razonabilidad, **eficacia, y aplicabilidad** del ordenamiento jurídico (*Art. 24 # 28 proyecto Nueva Constitución*).

El artículo que crea la acción de cumplimiento tiene la redacción siguiente:

“Art. 116 Toda persona podrá acudir ante el Juez Constitucional para hacer efectivo el cumplimiento de una ley, norma o un acto administrativo de carácter general. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad o funcionario renuente, el cumplimiento del deber omitido, sin perjuicio de las responsabilidades de ley”.

Para finalizar, debo reiterar que todo el proyecto de Nueva Constitución elaborado por la Comisión Especial de Juristas del CONESUP, se inspiró en su inalterable propósito de responder con la mayor lealtad y pertinencia a los legítimos y reiterados anhelos de cambio que existen en el Ecuador; a sus ansias de justicia; a la necesidad de que se diseñen mecanismos de colaboración entre las distintas funciones del Estado para conseguir el bien común; que se despoliticen sus Tribunales y órganos de control; se combata la corrupción; y, en la plena conciencia de que el progreso de nuestra democracia va de la mano del progreso de su justicia constitucional y de la efectiva y real vigencia de los derechos humanos consagrados en la Carta Suprema.

BIBLIOGRAFÍA

- ❖ Marco Gerardo Monroy Cabra. “Necesidad e Importancia de los Tribunales Constitucionales en un Estado Social de Derecho”, estudio publicado en el “Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano”, edición 2004, tomo 1, publicación de la Fundación Conrad Adenauer. Uruguay, 2004.
- ❖ Humberto Nogueira Alcalá. “Justicia y Tribunales Constitucionales en América del Sur”. Palestra Editores, Lima 2006.
- ❖ Norbert Lösing. “La Jurisdiccionalidad Constitucional en Latinoamérica”, traducción de Marcela Alsola Gil. Editorial Dykinson, Madrid 2002.
- ❖ Iván Castro Patiño. “Inconstitucionalidad por Omisión”. Editorial Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Ecuador, 2006.
- ❖ Pablo Pérez Trens. “La Jurisdicción Constitucional en Ecuador” Estudio publicado en el libro “La Estructura Constitucional del

- Estado Ecuatoriano". Corporación Editora Nacional y Universidad Andina Simón Bolívar, serie "Estudios Jurídicos", volumen 24, Quito 2004.
- ❖ Néstor Pedro Sagüez. "Los Tribunales Constitucionales como órgano extra poder: Roles y Desafíos" Estudio publicado en la obra del Tribunal Constitucional del Ecuador denominada Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional, Quito 2007.
 - ❖ Marcos Morales Tobar. "El Tribunal Constitucional del Ecuador". Estudio publicado en el libro "La Estructura Constitucional del Estado Ecuatoriano". Corporación Editora Nacional y Universidad Andina Simón Bolívar, serie "Estudios Jurídicos", volumen 24, Quito 2004.
 - ❖ Beatriz Londoño Toro. "Balance de las Acciones de Cumplimiento en la Constitución de 1991". Estudio publicado en el libro "La Constitución por Construir. Balance de una década de cambio institucional." Centro Editorial Universidad El Rosario" Bogotá, Colombia, 2001.
 - ❖ Nicolás Castro Patiño. "Panorama de la Justicia Constitucional desde la Constitución de 1945 hasta la vigente". Estudio publicado en la Revista Jurídica No. 20 de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Guayaquil, Ecuador, 2006.
 - ❖ Norberto Bobbio. Teoría General del Derecho. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1999.
 - ❖ José Julio Fernández Rodríguez. "La Inconstitucionalidad por Omisión. Teoría General. Derecho Comparado. El caso español." Editorial Civitas, Madrid, España, 1998.
 - ❖ Agustín Grijalva Jiménez. "¿Constitución sin constitucionalismo? Urgencia de un Tribunal Constitucional Independiente." Artículo publicado en la Revista de Derecho Foro de la Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, Ecuador, 2007.
 - ❖ Luis López Guerra y Luis Aguiar. "Las Constituciones de Iberoamérica" Publicación del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, España, 2002.
 - ❖ Proyecto de Nueva Constitución elaborado por la Comisión Especial de Juristas del CONESUP, Ecuador, 2007.